

LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL

ANÁLISIS ESPECIAL DEL RECURSO DE ACTUACIÓN BAJO COACCIÓN EN

CASOS DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

JUAN PABLO PÉREZ-LEÓN ACEVEDO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).
Adjunto de docencia Derecho Penal Internacional PUCP Asesor legal (Amnistía Internacional).
Ganador del Premio Derechos Humanos 2007 otorgado por American University, Washington, USA.

SUMARIO:

- I. Los crímenes de lesa humanidad. I. Definición; 2. Los sujetos responsables y las víctimas de los crímenes de lesa humanidad. II. El recurso de actuación bajo coacción. I. Aspectos generales; 2. Análisis de la actuación bajo coacción o duress. II. A manera de conclusión.

I. LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD¹

I. Definición

El término crímenes de lesa humanidad fue utilizado por primera vez, cuando se denunciaron las masacres de la población armenia en 1915.² Esta expresión volvió a aparecer en 1945 como una de las tres categorías de crímenes dentro de la jurisdicción del Tribunal de Nüremberg, con la nomenclatura de crímenes contra la humanidad:

*"CRIMES AGAINST HUMANITY: namely murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated".*³

En el Juicio de Nüremberg los argumentos sobre la irretroactividad (al ser los crímenes contra la humanidad una figura novedosa) fueron exitosamente rebatidos.⁴ La principal limitación de la definición citada fue que vinculó a los crímenes contra la humanidad con las otras dos categorías de crímenes, es decir que sean perpetrados *"in execution of or in connection with"* crímenes de guerra o crímenes contra la paz. El vínculo no fue explicado en detalle, pero era claro que solo dentro del contexto de un conflicto armado o como resultado de una agresión ilegal tales crímenes podían ser juzgados.⁵

¹ Utilizaremos la nomenclatura de crímenes de lesa humanidad, en tanto tal terminología es empleada por el Estatuto de la Corte Penal Internacional. No obstante, debemos recordar que el término crímenes contra la humanidad (utilizado en, por ejemplo, el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y en los Estatutos de los tribunales penales internacionales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda o en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad) es equivalente.

² En mayo de 1915 en una declaración conjunta los gobiernos de Francia, Reino Unido y Rusia calificaron como crímenes *"against humanity and civilization"* los actos cometidos por el Imperio Otomano en contra de los armenios, exigiendo a la vez la determinación de responsabilidad de los perpetradores. Citado por SCHABAS, William, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2000, p. 20.

³ Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg, artículo 6.c; Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio, artículo 5.c.

⁴ Véase también BASSIOUNI, M. Cherif, *Crimes Against Fundamental Human Rights: Crimes Against Humanity*. En: BASSIOUNI, M. Cherif (ed.), *International Criminal Law*, Vol. 1, Segunda Edición, New York: Transnational Publishers, 1998, p. 521. El autor sostiene que los crímenes de lesa humanidad no violan el principio de legalidad y retroactividad en el Derecho Penal Internacional.

⁵ En el Juicio de Nüremberg, en ejemplificador del requisito de vínculo entre el crimen de lesa humanidad y los otros crímenes competencia del Tribunal de Nüremberg el siguiente pasaje de la sentencia: *"[...] from the beginning of the war in 1939 war crimes were committed on vast scale, which were also crimes against humanity, and number of the inhumane acts charged in the*

Debemos recordar que en el texto original del artículo 6 del Estatuto de Nüremberg, respecto a los crímenes contra la humanidad, no se exigía el vínculo señalado (a excepción del crimen de persecución). Sin embargo, tal situación cambió con la modificación de esa norma a través del Protocolo de Berlín⁶, al exigirse el vínculo de los crímenes contra la humanidad con las otras dos categorías de crímenes del Estatuto. Tal modificación se originó por el temor de las potencias aliadas ante la posible calificación de algunas de sus políticas como crímenes contra la humanidad al poderse cometer, según la redacción original, en situación de paz. Ello originaría el consecuente cuestionamiento de tales políticas adoptadas con relación a sus propios nacionales, erosionando su soberanía.⁷

A pesar de tal limitación, la creación de esta nueva categoría marcó un importante avance en el Derecho Internacional básicamente por dos razones. La primera, implicó que la comunidad internacional estuviese de acuerdo en considerar a esta clase de conductas como crímenes de Derecho Internacional, en tanto vulneraban valores esenciales e inherentes del ser humano. La segunda razón es que, al crear esta nueva clase de crímenes, las conductas que calificaban como tales podían ser sancionadas incluso aunque fueran efectuadas de acuerdo al derecho interno.⁸

No obstante, la insatisfacción con la limitación precisada surgió al poco tiempo del juicio de Nüremberg y ella se reflejó en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado en la cual se dio una definición autónoma de los crímenes de lesa humanidad.⁹ Asimismo, en la Resolución 96 (I) de la ONU, se definió el genocidio (considerado como la forma más extrema de lesa humanidad) sin limitarlo a que sea cometido durante un conflicto armado. Desde entonces se produjeron diversas variaciones en la definición de los crímenes de lesa humanidad, que demostraron la tendencia a eliminar el nexo con un conflicto armado.

Pese a ello, el Consejo de Seguridad estableció en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) precisamente el nexo con un conflicto armado.¹⁰ Sin embargo, la Cámara de Apelación del TPIY, en el asunto *Tadić* describió tal nexo como obsoleto, en tanto, no existía ni una base legal ni lógica para ello, lo cual era respaldado por la práctica estatal:

*"(...) the nexus between crimes against humanity and either crimes against peace or war crimes, required by the Nuremberg Charter, was peculiar to the jurisdiction of the Nuremberg Tribunal (...) there is no logical or legal basis for this requirement and it has been abandoned in subsequent State practice with respect to crimes against humanity".*¹¹

indifferent, and committed in execution of, or in connection with, the aggressive war, and therefore constituted crimes against humanity". Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, Francia y otros versus Goering y otros, sentencia de 30 de septiembre-1 de octubre de 1946, p. 497.

⁶ Protocolo Rectificador de la Discrepancia sobre la Carta de Nüremberg de 8 de agosto de 1946. A través de este Protocolo se decidió que el punto y coma presente en la redacción original del artículo 6, C del Estatuto del Tribunal de Nüremberg, sería modificado por una coma, con lo que la conexión de los crímenes contra la humanidad con alguna de las otras dos categorías se tornó en requisito.

De esa forma se estableció que: "(...) the undersigned, signatories of the said Agreement on behalf of their respective Governments, duly authorized thereto, have agreed that Article 6, paragraph (c), of the Charter in the Russian text is correct, and that the meaning and intention of that Agreement and Charter require that the said amendment in the English text should be changed to a comma; and that the French text should be amended to read as follows [cambio del punto y coma por la coma]".

⁷ Recordemos que en esa época estaban en plena vigencia el régimen totalitario de la Unión Soviética de Stalin; el régimen de segregación racial en los Estados Unidos así como la subsistencia de los dominios coloniales del Reino Unido y de Francia.

⁸ CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 70.

⁹ Ley 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania de 20 de diciembre de 1945.

¹⁰ Estatuto del TPIY, artículo 5, Crímenes contra la humanidad. "El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a las personas responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil: a) Asesinato; b) Exterminación; c) Reducción a la servidumbre; d) Esclavitud; e) Esclavitud sexual; f) Tráfico; g) Violaciones; h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos". (el resultado es nuestro).

¹¹ *Prosecutor v. Tadić*, Caso No. IT-94-I-AR72, decisión sobre la moción de la defensa de 2 de octubre de 1995, párrafo 140.

En tal sentido, el TPIEY en el Caso Kunarac, al igual que en el caso Blaskic¹², describió el nexo señalado en el artículo 5 de su Estatuto como puramente jurisdiccional, al haberse desarrollado los hechos en el contexto de un conflicto armado. En el primer caso se precisó que:

"(...) the requirement contained in Article 5 of the Statute is a purely jurisdictional prerequisite which is satisfied by proof that there was an armed conflict and that objectively the acts of the accused are linked geographically as well as temporally with the armed conflict".¹³

Por su parte en el caso del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), no se exige que los crímenes de lesa humanidad deban ser cometidos en un contexto de conflicto armado.¹⁴ El artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional codifica esta evolución en la definición del crimen de lesa humanidad. En tal sentido, se puede sostener que tal desarrollo es parte del Derecho Internacional consuetudinario, tal y como lo afirmó la Cámara de Apelación del TPIEY en el caso Tadić:

"(...) A nexus between the accused's acts and the armed conflict is not required, as is instead suggested by the Judgement. The armed conflict requirement is satisfied by proof that there was an armed conflict; that is all that the Statute requires, and in so doing, it requires more than does customary international law".¹⁵

De esa forma al igual que el genocidio, los crímenes de lesa humanidad pueden ser cometidos en ausencia de un conflicto armado. Salvo algunas diferencias, la definición adoptada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional recoge lo regulado en los Estatutos del TPIEY y TPIR.¹⁶ De ese modo según el Estatuto de la Corte Penal Internacional, se entenderá por crímenes de lesa humanidad:

"(...) cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque (sigue con la enumeración de los actos)".¹⁷

Como primer punto, se debe señalar que existió una gran controversia en la Conferencia de Roma, en lo concerniente a los requerimientos de generalidad o sistematicidad en el ataque; puesto que algunas propuestas iniciales sugirieron la conjunción de ambas características.¹⁸ Frente a ello, la

¹² En este caso, los jueces reconocieron que aunque no haya un requisito general bajo términos del Derecho Internacional consuetudinario, el TPIEY en cumplimiento de su Estatuto necesita adherirse a la estipulación de su Estatuto que exige un nexo con un conflicto armado: "(...) An armed conflict is not a condition for a crime against humanity but as for its punishment, by the Tribunal". *Prosecutor vs. Blaskic*, caso No. IT-95-14-T, sentencia de 3 de marzo de 2000, párrafo 66. Asimismo, se debe señalar que en noviembre de 2000 y a raíz de los crímenes cometidos en Kosovo, la fiscal, Carla Del Ponte propuso, se debe señalar a fin de suprimir el nexo con un conflicto armado. Sin embargo, no era necesario extender la jurisdicción del artículo 5 del TPIEY, puesto que (de acuerdo también con Resoluciones del Consejo de Seguridad) un estado de paz total no había sido alcanzado en Kosovo. Véase KERR, Rachel, *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: An exercise in Law, Politics and Diplomacy*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 86.

¹³ *Prosecutor v. Kunarac y otros*, caso No. IT-96-23-T & IT-96-23 / 1-T, sentencia de 2 de febrero de 2001, párrafo 413. Véase también *Prosecutor versus Tadić*, caso No. IT-94-1-A, sentencia de 15 de julio de 1999, párrafos 249-251. Véase también *Prosecutor versus Kupreskic y otros*, caso No. IT-95-16-T, sentencia de 14 de enero de 2001, párrafo 546 y *Prosecutor v. Tadić*, caso No. IT-94-1-T, sentencia de 7 de mayo de 1997, párrafo 632.

¹⁴ Estatuto del TPIR, artículo 3. Crímenes contra la humanidad. El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigido contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso: a) Asesinato; b) Exterminación; c) Reducción a la servidumbre; d) Expulsión; e) Enslavamiento; f) Tortura; g) Violaciones; h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos. (El resaltado es nuestro).

¹⁵ *Prosecutor v. Tadić*, caso No. IT-94-1-A, sentencia de 15 de julio de 1999, párrafo 251.

¹⁶ Estatuto del TPIEY, artículo 5, y Estatuto del TPIR, artículo 3.

¹⁷ Estatuto de la CPI, artículo 7.

¹⁸ Véase ROBINSON, Darryl, *Defining Crimes Against Humanity at the Rome Conference*, En *American Journal of International Law*, volumen 93, No. 1, 1999, pp. 43-57.

posición que proponía ambas características como alternativas y que fue la predominante tenía como sustento, entre otras fuentes, lo señalado por el TPIFY en el caso Tadić.²⁰ Asimismo, debemos recordar que en el caso Rutaganda, el TPIR escogió la versión inglesa de su Estatuto toda vez que solo exigía uno de los dos caracteres.²¹

No obstante, la amplitud del umbral presenta cierta dificultad con la propia definición que da el Estatuto de la Corte Penal Internacional al término ataque, en tanto pareciera que el término ataque debería poseer un carácter generalizado y sistemático:

"Por 'ataque contra una población civil' se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política".²²

De otro lado, el ataque tendrá que ser dirigido contra una población civil, distinguiéndose de los crímenes de guerra, los cuales pueden afectar tanto a los que participan en las hostilidades como a la población civil. Aunque, la jurisprudencia ha flexibilizado la calificación de las posibles víctimas. Igualmente, el ataque no requiere ser un ataque militar²³ y a su vez puede ser cometido no solo por actores estatales, sino también por miembros de organizaciones no estatales, aspecto que analizaremos más adelante.²⁴

De conformidad a la jurisprudencia del TPIFY y TPIR, un ataque generalizado requiere de una gran cantidad de víctimas, que puede ser resultado de múltiples actos o de un acto único de extraordinaria magnitud.²⁵ El ataque es sistemático si se lleva conforme a una política o plan preconcebido que sirva de guía a los perpetradores respecto del objeto del ataque.²⁶ A su vez, en el caso Kunarac, el TPIFY estableció que solo el ataque y no los actos individuales necesitan ser sistemáticos o generalizados:

"As correctly stated by the Trial Chamber, 'only the attack, not the individual acts of the accused, must be widespread or systematic'. In addition, the acts of the accused need only

²⁰ "It is therefore the desire to exclude isolated or random acts from the notion of crimes against humanity that led to the inclusion of the requirement that the acts must be directed against a civilian 'population', and either a finding of widespreadness, which refers to the number of victims, or systematicity indicating that a pattern or methodical plan is evident, fulfils this requirement". *Prosecutor v. Tadić*, caso No. IT-94-I-T, sentencia de 7 de mayo de 1997, párrafo 648.

A nivel de jurisprudencia del TPIR véase también *Prosecutor v. Kayishema y Rutaganda*, caso No. ICTR-95-I-T, sentencia de 21 de mayo de 1999, párrafos 125 y 136; *Prosecutor v. Ntakirutimana*, caso No. ICTR-96-I-T & ICTR-96-I-T, sentencia de 21 de febrero de 2003, párrafos 803-804.

²¹ El TPIR en el asunto Rutaganda concluyó que la versión de su Estatuto más acorde con el Derecho Internacional consuetudinario era la inglesa, toda vez que exigía solo una de las dos condiciones (generalidad o sistematicidad). En tal sentido, no se seleccionó la versión francesa que exigía tanto la sistematicidad como la generalidad. Véase *Prosecutor v. Rutaganda*, caso No. ICTR-96-I-T, sentencia de 6 de diciembre de 1999, párrafos 67 y 68.

²² Estatuto de la CPI, artículo 7.1.a). Véase también el texto de los Elementos de los Crímenes el cual en la introducción de su artículo 7 establece que: "(...) Por 'ataque contra una población civil' en el contexto de esos elementos se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos o que se refiere al párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que 'la política (...) de cometer ese ataque' requiere que el Estado o la organización promueva o adelante activamente un ataque de esa índole contra una población civil". Elementos de los Crímenes, artículo 7, Crímenes de lesa humanidad, introducción.

²³ Elementos de los Crímenes, artículo 7, Crímenes de lesa humanidad, introducción, párrafo 3.

²⁴ Véase *id.* nro 2.

²⁵ *Prosecutor v. Blaškić*, caso No. IT-95-14, sentencia de 3 de marzo de 2000, párrafo 206; *Prosecutor versus Vasiljević*, caso No. IT-98-32-T, sentencia de 29 de noviembre de 2002, párrafo 35. A nivel de la jurisprudencia del TPIR véase *Prosecutor v. Akayesu*, caso No. ICTR-96-I-T, sentencia de 2 de septiembre de 1998, párrafo 580, entre otros.

²⁶ *Prosecutor v. Tadić*, caso No. IT-94-I-T, sentencia de 7 de mayo de 1997, párrafo 648; *Prosecutor v. Vasiljević*, caso No. IT-98-32-T, sentencia de 29 de noviembre de 2002, párrafo 35. A nivel de la jurisprudencia del TPIR véase *Prosecutor v. Akayesu*, caso No. ICTR-96-I-T, sentencia de 2 de septiembre de 1998, párrafo 580, entre otros.

*be a part of this attack and, all other conditions being met, a single or relatively limited number of acts on his or her part would qualify as a crime against humanity, unless those acts may be said to be isolated or random”.*³⁴

Otra característica es que el perpetrador tenga conocimiento del ataque.³⁵ Esta exigencia equivale a una intención específica, aunque el nivel de exigencia es menor que en el caso del crimen de genocidio. En este contexto, un individuo que participa en un crimen de lesa humanidad pero que ignora que tales actos son parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil puede ser encontrado culpable de crímenes de guerra pero no de lesa humanidad. Sin embargo, de acuerdo al texto de los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional, no se requiere que el perpetrador haya conocido de manera detallada los pormenores de un ataque de las características referidas.³⁶

La definición de crímenes de lesa humanidad no hace referencia a un motivo especial para tales crímenes. Solo en el caso del Estatuto del TPIR se hizo una referencia expresa a la intención discriminatoria como una condición general de los crímenes de lesa humanidad.³⁷ A su vez, el TPIR en el caso Bagilishema y en relación a su Estatuto, ha interpretado que lo que se debe evaluar es el motivo discriminatorio del ataque antes que la intención individual.³⁸

Por su parte, la Cámara de Apelación del TPIRY señaló que no hay un requisito de motivación o intención especial para los crímenes de lesa humanidad en general³⁹, a excepción del crimen de lesa humanidad de persecución. Esta idea no implica que la motivación nunca sea importante en el caso de crímenes de lesa humanidad, puesto que puede ser un indicador de responsabilidad o al no presentarse puede generar la determinación de la inocencia.⁴⁰

Por otra parte, se debe señalar que la jurisprudencia del TPIRY y TPIR ha influido de manera importante en la ampliación del concepto de crímenes de lesa humanidad, aunque en ciertas áreas el tratamiento dado en el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional parece ser diferente.

³⁴ *Prosecutor v. Kunarac y otros*, caso No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, sentencia de 12 de junio de 2002, párrafo 98.

³⁵ “[...] if the perpetrator has knowledge, either actual or constructive, that these acts were occurring as a widespread or systematic basis and does not commit his act for purely personal motives completely unrelated to the attack on the civilian population, that is sufficient to hold him liable for crimes against humanity. Therefore the perpetrator must know that there is an attack on the civilian population, know that his act fits in with the attack and the act must not be taken for purely personal reasons [...]”. *Prosecutor v. Tadić*, caso No. IT-94-I-T, sentencia de 7 de mayo de 1997, párrafo 659.

³⁶ Elementos de los Crímenes, artículo 7, Crímenes de lesa humanidad. Introducción, párrafo 2. (...) No obstante, el último elemento (el conocimiento del ataque) no debe interpretarse en el sentido de que requiere prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que está ocurriendo, la ausencia de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole.

³⁷ Estatuto del TPIR, artículo 3. Crímenes de lesa humanidad. (...) y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso. (...).

³⁸ Cabe probarse que en la jurisprudencia del TPIR, se ha producido una evolución en cuanto a este requisito. En un primer momento, el TPIR hizo recaer el motivo discriminatorio sobre la conducta y no sobre el ataque. Posteriormente, en el asunto Bagilishema esta consideración fue modificada. Se determinó que la intención del individuo no es la determinante, en tanto, únicamente se necesita que el individuo cometa los crímenes con conocimiento del contexto del ataque, es decir que deberá conocerlos a sabiendas de que sus actos forman parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil: “[...] the Chamber is of the view that the qualifier ‘on national, political, ethnic, racial or religious grounds’, which is peculiar to the ICTR Statute should, as a matter of construction, be read as a characterization of the nature of the attack rather than of the motives of the perpetrator”. *Prosecutor v. Bagilishema*, caso No. ICTR-95-I-T, sentencia de 7 de junio de 2001, párrafo 81.

³⁹ *Prosecutor v. Tadić*, caso No. IT-94-I-A, sentencia de 15 de julio de 1999, párrafo 296: “[...] hence, the literal interpretation of article 5 of the Statute [in regard to element (discriminatory)], outlined above, must necessarily prevail”. Esta posición fue confirmada por el asunto Blaskić: “[...] sauf pour le crime de persécution, les responsables de cette attaque ne devant pas nécessairement avoir agi avec une intention spéciale raciale, nationale, religieuse ou politique”. *Prosecutor v. Blaskić*, caso No. IT-95-I-T, sentencia de 3 de marzo de 2000, párrafo 360.

⁴⁰ Así tenemos las Reglas de Procedimiento y Evidencia. UN Doc. PCNICC2000INF/3/Add.1, Regla 145.2.

La exigencia de la presencia de una política estatal o de otra organización, contenida en la definición de ataque del Estatuto de la Corte Penal Internacional, es un ejemplo de ello.³¹

En este punto nos parece relevante hacer referencia general a la interacción entre el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y el Derecho Internacional consuetudinario. Así se pueden distinguir tres áreas. La primera está dada por la equivalencia entre ambas fuentes del Derecho Internacional. Así tenemos que el Estatuto de la Corte Penal Internacional especifica que un crimen debe ser cometido con conocimiento del ataque y clarifica los elementos objetivos de algunos de los crímenes de lesa humanidad. Asimismo, el texto de los Elementos de los Crímenes ha precisado que el individuo no tendrá la necesidad de conocer todos los detalles y características del ataque (*mens rea*).³² Una segunda área implica los siguientes aspectos en los que el Estatuto es más amplio que el Derecho Internacional consuetudinario: inclusión del embarazo forzado, desaparición forzada de personas y *apartheid* como crímenes de lesa humanidad.³³ Igualmente, respecto al crimen de persecución se han ampliado los campos de discriminación.³⁴

La última área está referida a aspectos en los cuales el artículo 7 es más restringido que el Derecho Internacional consuetudinario. Así tenemos: la definición de víctimas como solo población civil³⁵ y que respecto al crimen de persecución se requiere que esté necesariamente en conexión con los otros crímenes de lesa humanidad o con los otros crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional.³⁶ También, la definición de ataque directo da la impresión de requerir, como ya señalamos, tanto el carácter generalizado y sistemático, lo cual ha sido explicitado por el texto de los Elementos de los Crímenes. Sobre este último punto, Cassese sostiene que:

"(...) It would seem that the Statute requires that the offender, in committing a crime against humanity, pursue or promote such a practice. It would follow that any practice simply tolerated or condoned by a State or an organization would not constitute an attack on the civilian population or a widespread or systematic attack".³⁷

Finalmente, un punto adicional es la consideración de la limpieza étnica como crimen de lesa humanidad, en tanto su elemento esencial viene dado por la deportación masiva de determinados grupos que hace que se ubique en el artículo 7 del Estatuto de la CPI.³⁸ El fiscal del TPIFY definió en los siguientes términos a la limpieza étnica:

³¹ Por su parte, en el caso *Blaskić* se señaló que la existencia de un plan objetivo que tenga por finalidad la comisión de crímenes de lesa humanidad puede ser demostrado a través de diferentes medios: "1. perpetration of a criminal act on a very scale against a group of civilians or the repeated and various commission of inhumane acts linked to one another; 2. the preparation and use of a significant public or private resources, whether military or other; and 3. the implication of high-level political and/or military authorities in the definition and establishment of the methodical plan." *Prosecutor v. Blaskić*, caso No. IT-95-14, sentencia de 3 de marzo de 2000, párrafo 203.

³² Elementos de los Crímenes, artículo 7, Crímenes de lesa humanidad, Introducción, párrafo 2.

³³ Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículos 7.1.g), 7.1.i) y 7.1.j) respectivamente.

³⁴ Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 7.1.h). Recordemos que en los casos de los Estatutos del Tribunal de Nuremberg, Tribunal de Tokio, TPIFY y TPIR, los campos de discriminación se limitaban solo a motivos políticos, raciales o religiosos (artículos 6.b, 5.b, 5.h y 3.h respectivamente). El Estatuto de la Corte Penal Internacional incluye además los campos nacionales, étnicos, culturales, de género así como una cláusula abierta ("otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables al derecho internacional").

³⁵ Para mayores detalles véase infra 2.

³⁶ Sobre el particular Cassese sostiene que: "1. (...) it would seem that under customary international law, in such link is required, in other words, it is not necessary for persecution to consist of a) conduct defined as a war crime or a crime against humanity or linked to any such crime, plus b) a discriminatory intent. Under general international law, persecution may also consist of acts not punishable as war crimes or crimes against humanity (...)" CASSESE, Antonio, *Crimes against Humanity*. En: CASSESE, Antonio, GAETA, Paola y JONES, Joris (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 376.

³⁷ CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, p. 93. Para un análisis detallado de la interacción entre el artículo 7 y el Derecho Internacional consuetudinario véase CASSESE, Antonio, *Op. Cit.*, pp. 373-377.

³⁸ Podría calificarse como crimen de lesa humanidad o método forzoso (artículo 7.d) del Estatuto de la Corte Penal Internacional), o como crimen de lesa humanidad de *apartheid* (artículo 7.h) del Estatuto de la Corte Penal Internacional), entre otros.

"(...) a practice which means that you act in such a way that in a given territory the members of a given ethnic group are eliminated. (...) that territory would no longer contain only members of the ethnic group that took the initiative of cleansing the territory (...)".⁴¹

De esa forma, se busca desplazar a una población de un territorio dado con el propósito de hacerlo étnicamente homogéneo, siendo diferente del genocidio, puesto que no pretende destruir al grupo. No obstante, puede eventualmente equivaler a genocidio siempre que exista el dolo especial de destruir al grupo protegido.⁴²

2. Los sujetos responsables y las víctimas de los crímenes de lesa humanidad

Lo típico en esta clase de crímenes es que los sujetos responsables sean individuos que actúen en su capacidad oficial (como órganos del Estado). No obstante, la jurisprudencia demuestra que individuos actuando en su capacidad privada, pueden ser sujetos responsables "provided they act in unison, as it were, with a general state policy and find support for their misdeeds in such policy".⁴³

En el marco de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, se debe hacer referencia a la evolución que ha experimentado la figura en estudio. En este plano, la versión de 1954 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad establecía que para que los crímenes de lesa humanidad (bajo la nomenclatura de "actos inhumanos") sean considerados como tales, estos debían ser perpetrados por las autoridades estatales. También se incluía el caso de particulares que eran instigados por las autoridades estatales o que gozaban de la tolerancia de ellas.⁴⁴

Sin embargo, la evolución de la práctica internacional hace que en la actualidad se incluyan además de los agentes estatales, a los miembros de otros grupos u organizaciones. La fórmula recogida en la última versión del Proyecto citado es un claro ejemplo de este cambio, en tanto, no solo se restringe a la instigación o dirección estatales, sino que incluye los supuestos de organizaciones o grupos no estatales, lo cual se refleja también en el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Lo que se exige, al igual que en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, es que no

⁴¹ *Prosecutor v. Karadzic y Mladic*, caso No. IT-95-5/18, transcripción de la audiencia de 28 de junio de 1996 confirmación de la acusación, p. 128. Véase también *Prosecutor v. Tadic*, caso No. IT-94-1-T, opinión y fallo de 7 de mayo de 1997; *Prosecutor v. Nikolic*, caso No. IT-95-2-R61, Revisión de la acusación de conformidad con la Regla 61 de las reglas de procedimiento y prueba de 20 de octubre de 1995; *Prosecutor versus Milosevic*, caso No. IT-99-37-L, acusación de 2 de mayo de 1999. Asimismo, según el informe de la Comisión de Expertos para la ex-Yugoslavia la limpieza étnica comprende: el asesinato, la tortura, el arresto y la detención arbitrarios, ejecuciones extrajudiciales y agresiones sexuales, aprisionar a la población civil, ataques militares deliberados o amenazas de ataques a civiles y en áreas civiles y destrucción injustificable de propiedades. Véase Primer Informe de la Comisión de Expertos de 10 de febrero de 1993, UN Doc. S/25274 (1993), párrafo 56. Ver también: AMBOS, Kai, Los crímenes del nuevo derecho penal internacional, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2004 pp. 30 y ss. y PETROMC, Drazen, Ethnic Cleansing-An Attempt at Methodology, En: *European Journal of International Law*, vol. 5, No. 3, 1994, pp. 342-359.

⁴² Así tenemos que en opinión de Cassida Rueda este crimen podría calificarse como genocidio si es que fuese cometido con: "(...) la intención expresa de destruir total o parcialmente al grupo objeto de la persecución (...)". RUEDA, Carilda, Los Crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional ¿Por fin la esperanza de la paz? En: CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, (ed.), *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 324.

⁴³ CASSESE, Antonio, Op. Cit., p. 63. Esta situación se reflejó en los numerosos casos presentados después de 1945 ante la Corte Suprema de Alemania en la Zona de Ocupación Inglesa.

⁴⁴ Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1954, artículo 2, párrafo 1: "Inhuman acts such as murder, extermination, enslavement, deportation or persecutions, committed against any civilian population on racial, political, racial, religious or cultural grounds by the authorities of a State or by private individuals acting at the instigation or with toleration of such authorities".

No obstante, en la versión de 1991 en el artículo 21 (systematic or mass violations of human rights) se hizo referencia a los individuos en general: "An individual who commits or orders the commission of any of the following violations of human rights (...)". En los respectivos comentarios a dicho artículo la Comisión de Derecho Internacional sostuvo que el proyecto no confía únicamente como posibles perpetradores a oficiales públicos, sino que permite que los individuos privados que detentan el poder de facto o que se encuentran organizados en grupos criminales, puedan ser encontrados responsables de violaciones masivas o sistemáticas de derechos humanos. Véase Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, UN Doc. A/CN.4/L.46/Add.4, p. 256.

se trate de un acto aislado, sino que sea realizado de manera generalizada o sistemática, pero no se limita únicamente a agentes del estado.⁴⁵

En tal sentido, la Comisión de Derecho Internacional ha referido de manera expresa la posibilidad por la cual los sujetos responsables de los crímenes de lesa humanidad, además de ser agentes estatales puedan ser particulares:

"(...) c'est l'instigation ou la direction soit d'un gouvernement ou d'une organisation ou d'un groupe quelconque qui donne à l'acte sa dimension et en fait un crime contre l'humanité, imputable à des particuliers ou à des agents d'État".⁴⁶

El TPIEY en el asunto Tadić también siguió la misma línea, haciendo referencia a que, de acuerdo al Derecho Internacional consuetudinario, los crímenes de lesa humanidad pueden ser cometidos por entidades (tales como grupos armados o incluso grupos terroristas) que ejerzan un control de facto sobre un territorio específico. Por lo tanto, no se requiere un estatus formal de iure de tales grupos:

"(...) the International Tribunal is not bound by past doctrine but must apply customary international law as it stood at the time of the offences. In this regard the law in relation to crimes against humanity has developed to take into account forces which, although not those of the legitimate government, have de facto control over, or are able to move freely within, defined territory. The Prosecution in its pre-trial brief argues that under international law crimes against humanity can be committed on behalf of entities exercising de facto control over a particular territory but without international recognition or formal status of a de jure state, or by a terrorist group or organization (...)"⁴⁷

En el caso Nikolić ante el TPIEY, también se precisó que pese a no ser necesaria una relación con una política a nivel estatal, tampoco puede tratarse únicamente de actos aislados.⁴⁸ Por su parte el TPIR, en el caso Kayishema y Ruzindana confirmó la evolución acotada toda vez que, no exige la necesaria participación de los agentes estatales en la comisión de crímenes de lesa humanidad. Se entiende que esta categoría de crímenes de Derecho Internacional puede ser cometida también por actores no estatales:

"(...) arguably, customary international law requires a showing that crimes against humanity are committed pursuant to an action or policy of a State. However, it is clear that the ICTR [TPIR] Statute does not demand the involvement of a State. (...) The Tribunal's jurisdiction covers both State and non-State actors".⁴⁹

⁴⁵ Comisión de Derecho Internacional Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996, artículo 18. *Crimes against Humanity*. A crime against humanity means any of the following acts, when committed in a systematic manner or on a large scale and instigated or directed by a Government or by any organization or group. (...).

⁴⁶ Comisión de Derecho Internacional. Reporte de la Comisión de Derecho Internacional de su 48ª sesión de trabajo, 6 de mayo-26 de julio de 1996. UN Doc. A/51/10, artículo 18, párrafo 5.

⁴⁷ *Prosecutor v. Tadić*, caso No. IT-94-I-T, sentencia de 7 de mayo de 1997, párrafo 654.

⁴⁸ *Prosecutor v. Nikolić*, caso No. IT-94-I-R61, revisión de la acusación de conformidad a la regla 61 de las reglas de procedimiento y prueba de 20 de octubre de 1995, párrafo 26. Por otro lado el Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos estableció que los actores no estatales podían ser encontrados como responsables de genocidio (considerado como la más seria expresión de los crímenes de lesa humanidad) así como de los crímenes de guerra. Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de América. Caso Kadic v. Karadzic, sentencia de 13 de octubre de 1995. En: SASSOLI, Marco, *How does law protect in war?*. CICR, Ginebra, 1999, pp. 1247 y siguientes.

⁴⁹ *Prosecutor v. Kayishema y Ruzindana*, caso No. ICTR-95-I-T, sentencia de 21 de mayo de 1998, párrafos 125 y 126. Sobre el caso en particular el TPIR concluye que tanto Clément Kayishema como prefecto (agente estatal) y Obed Ruzindana como hombre de negocios (agente no estatal) tienen responsabilidad internacional (individual), asimismo establece que: "(...) To have jurisdiction over either of the accused, the Chamber must be satisfied that their actions were instigated or directed by a Government or by any organization or group" (párrafo 126).

Un problema que emerge es considerar si los crímenes de lesa humanidad pueden ser cometidos por agentes estatales actuando como privados y sin tener una autorización formal de su superior. Al parecer en tales casos se necesitaría una suerte de aprobación (explícita o implícita) por parte del Estado o de las autoridades gubernamentales o incluso se requeriría que el crimen en cuestión sea claramente motivado por una política general gubernamental, o al menos ubicable dentro de tal política. Este supuesto fue objeto de análisis en el caso Weller⁵² ante cortes alemanas a raíz de hechos acaecidos en la Segunda Guerra Mundial y fue citado por el TPIFY en el caso Kupreskic.⁵³

En el primero de los casos se señaló (en primera instancia) que para imputar la responsabilidad individual se necesitaba la concurrencia entre otros requisitos⁵⁴ que la acción tenga que ser perpetrada por abuso de la autoridad estatal o de la policía.⁵⁵ No obstante, el Tribunal de Apelación, precisó que era suficiente para la generación de responsabilidad, que el ataque a la dignidad humana esté en conexión con el sistema de poder y hegemonía del partido nacional socialista (en este caso particular). Asimismo, dicha instancia agregó que las ofensas cometidas equivalían a crímenes de lesa humanidad, no obstante haber sido cometidas por la propia iniciativa de uno de los acusados basado, entre otros factores, en su odio racial.⁵⁶

En el propio caso Kupreskic, ante el TPIFY, se estableció que aunque usualmente los crímenes de lesa humanidad son perpetrados por individuos actuando en su capacidad oficial, como comandantes u oficiales; es posible que tales crímenes sean cometidos por individuos actuando sin un estatus oficial ni a nombre de alguna autoridad gubernamental y agregó además que:

"(...) in these cases some sort of explicit or implicit approval or endorsement by State or governmental authorities is required, or else that it is necessary for the offence to be clearly encouraged by a general governmental policy or to clearly fit within such a policy".⁵⁷

A nivel del Estatuto de la Corte Penal Internacional se reconoce de manera expresa como sujetos activos de los crímenes de lesa humanidad tanto a los agentes de un estado como de una organización no estatal que cometan tales actos.⁵⁸ En el caso del crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas tal organización no estatal debe ser de carácter político.⁵⁹

En relación a las posibles víctimas de los crímenes de lesa humanidad, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, siguiendo lo establecido en los Estatutos del Tribunal de Núremberg, TPIFY y TPIR, establece como requisito que el ataque sea dirigido contra la población civil. Nosotros consideramos que es pertinente interpretar tal disposición a la luz de lo señalado por el TPIFY:

⁵² Corte Suprema de Alemania en la Zona Británica de ocupación. Caso Weller, decisión de 21 de diciembre de 1948. Los acusados en el caso fueron Weller, un miembro de la SS, quien cuando se perpetraron los hechos estaba ausente de civil; otro individuo usando un uniforme de la SA y el último que vestía un uniforme azul de la Marina alemana. Ellos, quienes además estaban ebrios, obligaron a 16 judíos a salir en la noche y los golpearon con un pesado látigo al tiempo que, los insultaban verbalmente.

⁵³ *Prosecutor v. Kupreskic*, caso No. IT-95-16-T, sentencia de 14 de enero de 2002, párrafo 555 y notas 814-815.

⁵⁴ Los otros dos requisitos fueron: a) la existencia de una infracción significativa de la dignidad humana y b) la motivación racial de la ofensa. Corte Suprema de Alemania en la Zona Británica ocupada. Caso Weller, decisión de 21 de octubre de 1948, pp. 7-12. Citado por CASSESE, Antonio, Op. Cit., p. 84.

⁵⁵ Corte Suprema de Alemania en la Zona Británica ocupada. Caso Weller, decisión de 21 de octubre de 1948, pp. 7-12. Citado por CASSESE, Antonio, Op. cit., p. 84.

⁵⁶ "[...] it is rightly pointed out that the link with national socialist system of power and tyranny exists not only in the case of those actions can only be explained by the atmosphere and condition created by the subordination to power". Corte Suprema de Alemania en la Zona Británica ocupada. Caso Weller, decisión de 21 de diciembre de 1948, párrafo 357.

⁵⁷ *Prosecutor versus Kupreskic*, caso No. IT-95-16-T, sentencia de 14 de enero de 2002, párrafo 553.

⁵⁸ Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 7.2.a) Crímenes de lesa humanidad: (...) de conformidad con la política de un Estado o de una organización o para promover esa política.

⁵⁹ Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 7.2.b) (...) por un Estado o una organización política (...).

El TPIFY, siguiendo anterior jurisprudencia³⁸, ha efectuado una interpretación flexible del requisito en cuestión. En esta línea, en el caso *Mrksic* y otros, el TPIFY precisó que los crímenes de lesa humanidad podrían ser cometidos incluso cuando las víctimas hayan participado en las hostilidades.³⁹ En el caso *Kupreskic* y otros, el TPIFY determinó que la presencia de los que hayan participado de manera activa en el conflicto armado no debería impedir la caracterización de una población como civil. Tampoco debe ser un obstáculo para calificar a los que estuvieron involucrados en un movimiento de resistencia armado como víctimas de la categoría de crímenes en estudio.⁴⁰

De igual manera, en el caso *Kunarac* y otros, el TPIFY concluyó que como mínimo el perpetrador debía conocer o considerar la posibilidad de que la víctima del crimen de lesa humanidad era un civil y que en caso de duda si una persona es civil:

"[...] that person shall be considered to be a civilian. The Prosecution must show that the perpetrator could not reasonably have believed that the victim was a member of the armed forces".⁴¹

En adición a lo anterior, autores como Cassese⁴² consideran que siguiendo el artículo 6.c del Estatuto del Tribunal de Nüremberg se pueden clasificar a las posibles víctimas de los crímenes de lesa humanidad, en dos clases: los "murder-type" y los "persecution-type". Respecto a la segunda categoría sería posible incluir no solo a población civil sino también al personal militar en operaciones (o en general a los que participan en las hostilidades), como víctimas.⁴³ Tal afirmación tendría como base lo establecido en el caso *Pilz* ante la Corte de Casación Alemana (de manera implícita) y en los casos *Barbie*⁴⁴ y *Touvier* ante tribunales franceses (de manera explícita). En el caso *Barbie* se estableció que el crimen de lesa humanidad de persecución había sido perpetrado en contra de miembros de los movimientos de resistencia francesa.⁴⁵ A su vez, en el caso *Touvier*, la Corte de Apelación de París sostuvo que:

³⁸ Corte Suprema de Alemania en la Zona de Ocupación Británica, Caso P, sentencia de 7 de diciembre de 1948; Corte Suprema de Alemania en la Zona de Ocupación Británica, Caso H, sentencia de 18 de octubre de 1949 y Corte de Casación francesa, Asunto Klaus Barbie, decisión de 20 de diciembre de 1985. Los dos primeros casos implicaron actos de inhumanidad de miembros de las fuerzas armadas de la Alemania nazi, por lo que estos fueron sentenciados a muerte.

³⁹ *Prosecutor v. Mrksic* y otros, caso No. IT-95-13-R 61, revisión de la acusación conforme a la regla 61 de las reglas de procedimiento y evidencia de 3 de abril de 1996, párrafo 16.

⁴⁰ "[...] That the presence of those actively involved in the conflict should not prevent the characterization of a population as civilian and those actively involved in a resistance movement can qualify as victims of crimes against humanity". *Prosecutor v. Kupreskic* y otros, caso No. IT-95-16-T, sentencia de 14 de enero de 2001, párrafo 549.

⁴¹ *Prosecutor v. Kunarac* y otros, caso No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, sentencia de 22 de febrero de 2001, párrafo 435.

⁴² CASSESE, Antonio, Op. Cit., pp. 85 y siguientes.

⁴³ En opinión de Cassese, de acuerdo a los casos P, H y Barbie incluso en los crímenes de lesa humanidad pertenecientes al "murder type", tales crímenes pueden ser perpetrados contra personal militar aunque las ofensas no califiquen como persecución. No obstante, y como el propio Cassese reconoce, después de la Segunda Guerra Mundial otras cortes asumieron una interpretación estricta del término "civiles" y por lo tanto se excluyó de tal categoría a las personas que pertenecieron o habían pertenecido a las fuerzas militares. Sobre el particular el caso *Niedermeyer* ante la Corte Británica de Apelación establecida por la Ley del Consejo de Control No. 10 estableció: "[...] respecto a malos tratos [...] the victims had the status of prisoners of war and not civilians. It categorically set aside the conviction for crimes against humanity and substituted for it that for war crime". *Ibid.*, Loc. cit.

La anterior no perjudica nuestros comentarios en torno a interpretar el término población civil de manera amplia y flexible, a la luz de la jurisprudencia del TPIFY antes analizada.

⁴⁴ Corte Especial de Casación de Alemania, Caso Pitt, sentencia de 5 de julio de 1959 y Corte de Casación francesa, Asunto Klaus Barbie, decisión de 20 de diciembre de 1985. En la primera se estableció que: "[...] the victim was not part of the civilian population of occupied territory, nor [was] the acts with which [he] was charged be seen as forming part of a system of persecution on political, racial or religious grounds" (p. 121). Citado por *Ibid.*, p. 89.

⁴⁵ Corte de Casación francesa, Asunto Klaus Barbie, decisión de 20 de diciembre de 1985, p. 136. Tal posición fue ratificada por: Corte de Apelación de París, Asunto Klaus Barbie, sentencia de 9 de julio de 1986.

"Jews and members of the Resistance persecuted in a systematic manner in the name of a State practicing of ideological supremacy, the former by reason of their membership of a racial or religious community, the latter by reason of their policy, can equally be the victims of crimes against humanity".⁶⁶

De conformidad con lo expresado en este punto, debe interpretarse el término población civil de manera amplia lo cual, por ejemplo, se evidencia con el hecho que en tiempo de paz no habría razón para excluir de la protección a los miembros de las fuerzas armadas. En tiempo de hostilidades, en relación al crimen de lesa humanidad de persecución también se podría incluir a los efectivos de las fuerzas armadas (califiquen o no como efectivos fuera de combate, los llamados *hors d' combat*), sea que la comisión de ese crimen se realice por el enemigo, fuerzas aliadas o incluso por sus propias autoridades.

Lo anterior se refuerza si consideramos que en la actualidad el Derecho Internacional de los derechos humanos protege a los seres humanos independientemente de su condición y de las propias acciones de su estado. Si no asumimos una interpretación amplia de las víctimas de los crímenes de lesa humanidad, ciertos grupos de individuos que participan en las hostilidades (especialmente en un conflicto armado no internacional) podrían encontrarse desprotegidos o insuficientemente protegidos frente a esas atrocidades.⁶⁷

II. EL RECURSO DE ACTUACIÓN BAJO COACCIÓN

1. Aspectos generales

Antes de pasar al estudio de la actuación bajo coacción (*duress*) en el paradigmático caso Erdemovic⁶⁸ ante el TPIFY, resulta de especial importancia resaltar la distinción entre órdenes superiores y *duress*. El Tribunal de Núremberg, sobre la materia efectuó el siguiente razonamiento:

"That a soldier was ordered to kill or torture in violation of the international law of war has never been recognized as a defence to such acts of brutality, though, as the Charter here provides, the order may be urged in mitigation of the punishment. The true test, which is found in varying degrees in the criminal law of most nations, is not the existence of the order, but whether moral choice was in fact possible".⁶⁹

Lo anterior también quedó plasmado en los Principios de Núremberg, elaborados por la Comisión de Derecho Internacional.⁷⁰ Ahora bien, los Estatutos del TPIFY y del TPIR excluyen la

⁶⁶ Corte de Apelación de París, primera cámara de acusación, August Touvier, decisión de 13 de abril de 1992, p. 352. Citado por CASSESE, Antonio, Op. Cit., p. 90.

⁶⁷ Como ejemplo de esos grupos podemos mencionar a los miembros de las fuerzas paramilitares o miembros de la fuerza policial quienes esporádicamente u ocasionalmente tienen parte en las hostilidades. Sobre el particular debemos tener en cuenta que el estatus legal de esas personas puede ser incierto, al tratar de determinar si ellos actúan ya sea como combatientes (o personas que participan en las hostilidades) o como civiles.

⁶⁸ Prosecutor v Erdemovic, caso No. IT-96-22-T, sentencia de 29 de noviembre de 1996, párrafo 15; Prosecutor v Erdemovic, caso No. IT-96-22-A, sentencia de 7 de octubre de 1997. Cabe mencionar que Erdemovic fue sentenciado finalmente por violación de las leyes y usos de la guerra. Véase Prosecutor v Erdemovic, caso No. IT-96-22-T, sentencia de 5 de marzo de 1998. No obstante, el desarrollo efectuado sobre la materia que nos estáe con relación a los crímenes de lesa humanidad (además de los crímenes de guerra), amerita su tratamiento en esta parte del trabajo.

⁶⁹ International Military Tribunal, Francia y otros versus Goering y otros, sentencia de 1 de octubre de 1946, p. 466. También en el caso Eisingergruppen, el Tribunal Militar Americano aplicó el dictum del Tribunal de Núremberg, rechazando la defensa de las órdenes superiores a causa de la ausencia de compulsión o *duress*. De ese modo se señaló que: "The issue is to be applied to whether the subordinate acted under coercion or whether he himself approved of the principle involved in the order. If he acted in preparation of the act, the plea of superior order fails. The order may not plead acquiescence in a criminal act ordered by his superior if he is in accord with the principle of the law of the superior of the legal act, the order may not plead *duress* under superior orders". Caso Orlowski y otros (Eisingergruppen case), sentencia de 10 de abril de 1948, p. 480.

⁷⁰ Principio IV. El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de un Gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción.

posibilidad de alegar la obediencia debida a las órdenes superiores, cuando estas implican crímenes de lesa humanidad y otros crímenes de Derecho Internacional.⁷⁰ La propia Comisión de Derecho Internacional, también excluyó la defensa de las órdenes superiores en el artículo 6 de la última versión del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, aunque al igual que los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* puede ser considerado atenuante siempre que la justicia así lo requiera:

*"The fact that an individual charged with a crime against peace and security of mankind [léase crímenes de lesa humanidad] acted pursuant to an order of a Government or a superior does not relieve him of criminal responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if justice so requires".*⁷¹

A nivel de decisiones nacionales, podemos citar el caso Finta, en el cual se le imputaron al acusado cargos de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. La Corte Suprema de Canadá señaló que la obediencia a las órdenes de un superior solo constituye un elemento factual a ser considerado en la determinación del *mens rea*:

*"Ces moyens de défense sont limités. Ils reposent sur l'honnêteté, sur le comportement raisonnable et sur l'absence de force excessive. Ils n'autorisent pas la perpétration d'un crime, ni ne permettent à un policier ou soldat de commettre un acte manifestement illégal à la suite d'un ordre d'un gouvernement, d'un sous-ministre ou d'un sous-secrétaire d'État qui s'écarte du droit chemin. Ces moyens de défense ne cautionnent pas la perpétration de crimes évidents au nom du gouvernement. Ces directives ne permettaient pas à l'accusé de plier aux lois de son pays".*⁷²

Por su parte el TPIY, en el caso Erdemovic, hizo una referencia precisa a la diferencia entre las órdenes superiores y *duress*:

*"(...) the complete defence based on moral duress and/or a state of necessity stemming from superior orders is not ruled out absolutely, its conditions of application are particularly strict. They must be sought not only in the very existence of a superior order - which must first be proven - but also and especially in the circumstances characterising how the order was given and how it was received".*⁷³

En su voto disidente los jueces McDonald y Vohrah indicaron que la obediencia a las órdenes del superior podría ser considerada meramente como un hecho fáctico para determinar si *duress* se produjo en el caso concreto. Más que un matiz, el recurso a las órdenes superiores per se, de acuerdo a los mismos jueces, ha sido rechazado de manera inequívoca como una defensa en el Estatuto del TPIY:

"Superior orders and duress are conceptually distinct and separate issues and often the same factual circumstances engage both notions, particularly in armed conflict situations. We subscribe to the view that obedience to superior orders does not amount to a defence

⁷⁰ "El hecho de que el inculpaado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o un superior no le exime de responsabilidad penal [por la comisión del crimen de genocidio], pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad". Estatuto del TPIY, artículo 7.4 y Estatuto del TPR, artículo 6.4.

⁷¹ Comisión de Derecho Internacional, Reporte de la Comisión de Derecho Internacional en su 48 sesión de trabajo, 6 de mayo-26 de julio de 1996, UN Doc. A/51/10, pp. 31 y 76.

⁷² Corte Suprema de Canadá, Asunto La Raine v Finta, sentencia de 29 de abril de 1992. En: SASSOLI, Marco y ASSAINE, BOUYER (eds.), *Le Droit dans la Guerre* Vol. II, Ginebra: CICR, 2003, p. 931.

⁷³ *Prosecutor v Erdemovic*, caso No. IT-96-22-T, sentencia de 29 de noviembre de 1996, párrafo 19. Además este Tribunal señaló que: "(...) la ley prevé que el acusado existían las circunstancias factuales que engendraron sus actos en virtud de un

per se but is a factual element which may be taken into consideration in conjunction with other circumstances of the case in assessing whether the defences of duress or mistake of fact are made out".⁷⁵

Al respecto se debe precisar que la defensa de *duress* es frecuentemente invocada junto a las órdenes superiores, pese a que no existe una necesaria conexión entre ellas, toda vez que las órdenes superiores pueden ser expedidas sin ser acompañadas por una amenaza a la vida o a la integridad. En tal contexto, si la orden del superior es manifiestamente ilegal (como ocurre en el caso de los crímenes de lesa humanidad), el subordinado tiene el deber de rechazar la obediencia a la orden.⁷⁶ En la evaluación de las circunstancias fácticas que resultarían ser relevantes para el análisis de *duress*, puede ser importante considerar la distinción entre los diversos rangos de la jerarquía militar o civil.⁷⁷

Como corolario se sigue que, si luego del rechazo señalado, la orden es reiterada bajo amenaza a la vida o a la integridad, la defensa de *duress* puede ser invocada y las órdenes superiores pierden relevancia legal. Asimismo y como acertadamente señaló Cassese en su voto disidente en el caso en estudio:

"Equally, duress may be raised entirely independently of superior orders, for example, where the threat issues from a fellow serviceman. Thus, where duress is raised in conjunction with manifestly unlawful superior orders, the accused may only have a defence if he first refused to obey the unlawful order and then only carried it out after a threat to life or limb".⁷⁸

2. Análisis de la actuación bajo coacción o *duress*

Para explicar este punto haremos un análisis detallado del caso Erdemovic ante el TPIY y para tal fin empezaremos con una síntesis de los hechos. La caída del enclave de Srebrenica⁷⁹ originó la huida de miles de civiles musulmanes.⁸⁰ Drazen Erdemovic, soldado bosnio croata, participó junto con otros integrantes de su unidad del ejército serbio, de la Décima Unidad de Sabotaje, en el asesinato de aproximadamente unos mil doscientos civiles en el curso de unas horas. Él se declaró culpable de haber causado personalmente setenta y dos muertes. En virtud de estos hechos Erdemovic fue acusado de crímenes de lesa humanidad (asesinato) y alternativamente, de violación de las leyes y usos de la guerra, declarándose culpable del primer cargo pero no del segundo.⁸¹

crime contre l'humanité au titre d'un crime de guerre, il serait fort peu probable que celui-ci puisse, pour justifier la perpétration d'actes inhumains, invoquer sa croyance erronée que la loi était valide".

⁷⁵ Prosecutor versus Erdemovic, caso No. IT-96-22-A, sentencia de 7 de octubre de 1997, voto separado conjunto de la jueza McDonald y del juez Vohrah, párrafo 34.

⁷⁶ CASSESE, Antonio, Op. Cit., p. 246.

⁷⁷ Como bien apunta Cassese: "Clearly, the lower the rank of the recipient of an order accompanied by duress, the less likely it is that he enjoyed any real moral choice", *Ibid.*, p. 246.

⁷⁸ Prosecutor v. Erdemovic, caso No. IT-96-22-A, sentencia de 7 de octubre de 1997, voto separado y disidente del juez Cassese, párrafo 15.

⁷⁹ El 6 de julio de 1995 el enclave de Srebrenica fue objeto de diversos ataques por parte del ejército serbio bosnio prolongados las hostilidades hasta el 11 de julio de 1995, fecha en que cayó en sus manos. En esta época, el enclave estaba reconocido como "zona de seguridad" por parte del Consejo de Seguridad y no podía ser objeto de ofensiva armada alguna ni de ningún otro acto de hostilidad. La caída del enclave provocó la huida de miles de civiles musulmanes, algunos de los cuales fueron a refugiarse a la base de la ONU de Potocari mientras que otros, alrededor de unos quince mil, huyeron a través de los bosques en dirección a Tutla. Véase DE ORY, Carlos, *La jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales de Argelia y Ruanda relativo a los crímenes internacionales*, Documento de Trabajo, Universidad Internacional de Andalucía, 2004, p. 4.

⁸⁰ Un grupo huyó hacia Tutla, zona controlada por el gobierno serbio. Después de separar a los varones en edad militar de las mujeres y niños, un número desconocido de ellos fueron detenidos por la policía o el ejército serbio bosnio o se rindieron. Algunos fueron ejecutados de manera sumaria mientras que otros fueron reagrupados y posteriormente asesinados en diversos lugares.

⁸¹ Debe precisarse que la Cámara de Juicio aceptó la declaración de culpabilidad de Erdemovic por crímenes de lesa humanidad (asesinato) y rechazo la de violación de las leyes y usos de la guerra, y le condenó a diez años de prisión como culpable de crímenes de lesa humanidad (asesinato entre diez y cien personas). Véase Prosecutor v. Erdemovic, caso No. IT-96-22-T, sentencia de 29 de noviembre de 1996. En cambio la Cámara de Apelación falló que, aunque la declaración de culpabilidad de Erdemovic, había sido voluntaria, ésta no había sido hecha con conocimiento de causa. En su opinión separada, los jueces McDonald y Vohrah, establecieron las condiciones para que pueda aceptarse una declaración de culpabilidad: a) la declaración ha de ser voluntaria; b) ésta ha de haber sido hecha con conocimiento de causa; y c) no puede

Sin embargo para justificar su conducta invocó, por una parte, la obligación de obedecer las órdenes de su superior militar y por otra, la extrema necesidad en que se encontraba nacida de la coacción física y moral ejercidas sobre su propia vida y la de su mujer y su hijo, en caso de negarse a participar en la ejecución:

"Your Honor, I had to do this. If I had refused, I would have been killed together with the victims. When I refused, they told me if you're sorry for them, stand up, line up with them and we will kill you too. I am not sorry for myself but for my family, my wife and son who then had nine months, and I could not refuse because then they would have killed me".⁸³

La Cámara de Juicio del TPIFY al analizar la declaración de culpabilidad de Erdemovic, señaló que la excusa derivada del sometimiento a una orden superior, es tratada de manera expresa en el artículo 7.4 del Estatuto del TPIFY. Esta norma dispone que esta circunstancia puede ser evaluada como un motivo de disminución de la pena pero que en ningún supuesto exonera al acusado de su responsabilidad penal; mientras que en lo concerniente a duress, el Estatuto del TPIFY no establece nada. La Cámara de Juicio manifestó que la justificación de duress no estaba excluida, aunque sus condiciones debían ser particularmente estrictas. Además en el caso concreto, como señaló la Cámara de Apelación del TPIFY, se trataban de crímenes de lesa humanidad, no existiendo una total equivalencia entre la vida del acusado y de la víctima (que implica a toda la humanidad):

"With regard to a crime against humanity, the Trial Chamber considers that the life of the accused and that of the victim are not fully equivalent. As opposed to ordinary law, the violation here is no longer directed at the physical welfare of the victim alone but at humanity as a whole".⁸⁴

Por lo tanto los hechos deberían analizarse con criterios muy rigurosos, debiéndose probar la ausencia de opción moral por parte del acusado colocado ante una situación que no podía haber resistido.⁸⁵ La Cámara de Apelación del TPIFY rechazó la posición de la Cámara de Juicio del TPIFY en relación a que el Derecho Internacional consuetudinario permitía que la actuación bajo coacción sea una defensa completa frente al asesinato. También desestimó la posición del fiscal por la cual el Derecho Internacional consuetudinario no permitía la actuación bajo coacción como una defensa

ser equívoca. Véase Prosecutor v. Erdemovic, caso No. IT-96-22-A, sentencia de 7 de octubre de 1997, voto separado conjunto de la jueza McDonald y del juez Vohrah, párrafos 19 y siguientes. Después de analizar estas condiciones en el caso concreto de Erdemovic, falló que la declaración del acusado no fue hecha con conocimiento de causa y remitió el asunto a la Sala de Primera Instancia para su nuevo enjuiciamiento. Para un análisis más detallado de la cuestión véase: SWAAK, GOLDMAN, Olivia, *International Decisions: Prosecutor v. Erdemovic*, En: *American Journal of International Law*, volumen 92, No. 2, 1998, pp. 283-284 y DE ORY, Carlos, *Op. cit.*, pp. 6-7.

⁸³ Prosecutor v. Erdemovic, caso No. IT-96-22-T, sentencia de 29 de noviembre de 1996, párrafo 10.

⁸⁴ Prosecutor v. Erdemovic, caso No. IT-96-22-T, sentencia de 29 de noviembre de 1996, párrafo 19.

⁸⁵ De esa forma, el Tribunal debió acuar con la mayor exigencia en tanto se trataba de juzgar las ofensas más graves del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional Humanitario. Del análisis del caso concreto y de los debates de la audiencia resultó que no quedaron probadas la existencia de circunstancias necesarias para considerar al acusado inerte de responsabilidad: de ahí que los alegatos de la defensa se consideraran al momento de evaluar las circunstancias atenuantes. Véase Prosecutor versus Erdemovic, caso No. IT-96-22-T, sentencia de 29 de noviembre de 1996, párrafo 20. Por otra lado, el TPIFY al analizar la justificación señalada identificó una serie de preguntas: el acusado ¿podía evitar la situación en la que se encontraba?, ¿estaba enfrentado una orden insuperable a la que no tenía medio alguno de resistencia?, ¿él o uno de los miembros de su familia estaban en peligro de muerte inmediata o a corto plazo?, ¿tenía la opción moral de oponerse a las órdenes recibidas y de tenerla, habría intentado oponerse a estas órdenes? Véase Prosecutor versus Erdemovic, caso No. IT-96-22-T, sentencia de 29 de noviembre de 1996, párrafo 89. Al responder a las cuestiones anteriores, el TPIFY mencionó que las manifestaciones del acusado parecían verosímiles y también que se debía tener en cuenta el contexto imperante en Srebrenica, cuando acaecieron los hechos. No obstante, en relación con los hechos que implicaban al acusado de manera personal y que fundamentaban, caso de quedar debidamente probados, el otorgamiento de circunstancias atenuantes, la defensa no había presentado ningún experto, testimonio u otro medio que respaldase sus argumentos. En tal sentido, la Cámara de Juicio no se encontraba en condiciones de aceptar la extrema necesidad como circunstancias

completa frente a los crímenes de lesa humanidad y de guerra cuando la ofensa en cuestión es el asesinato de personas inocentes.⁶⁵

Los jueces concluyeron, en su lugar, que no hay una regla en el Derecho Internacional consuetudinario que permita la disponibilidad de la actuación bajo coacción como una defensa del asesinato de personas inocentes.⁶⁶ La vastedad de las decisiones nacionales y legislaciones internas de los Estados relacionadas a la invocación de la actuación bajo coacción como defensa frente al asesinato puede ser vista como una práctica estatal no uniforme.⁶⁷ Frente a la ausencia de una norma consuetudinaria, los jueces McDonald y Vohrah examinaron si los principios de Derecho reconocidos por las naciones ofrecían alguna solución, para lo cual investigaron el tratamiento de la actuación bajo coacción en los diferentes sistemas jurídicos del mundo.⁶⁸

Luego de este análisis concluyeron que en el contexto de la actuación bajo coacción, el principio general es que una ofensa es menos condenable y menos merecedora de una sanción estricta cuando se desarrolla bajo inminentes amenazas a la vida de un acusado y si él rechaza realizar tal crimen. Sin embargo, un principio general debe ser distinguido de una regla específica aplicable a los hechos concretos de un caso.

Los jueces notaron que las reglas específicas de varios sistemas legales eran bastante inconsistentes en torno a la cuestión precisa de si la actuación bajo coacción constituía una defensa completa en el caso de una matanza ilegal. En tal sentido, los jueces McDonald y Vohrah expresaron su preocupación en torno a que, dada la extrema gravedad de los crímenes de lesa humanidad (al igual que los crímenes de guerra), los principios de Derecho al cual ellos se adherieran tuvieran el apropiado efecto normativo en los soldados y sus comandantes:

"(...) the law should not be the product or slave of logic or intellectual hair-splitting, but must serve broader normative purposes in light of its social, political and economic role. (...) we cannot but stress that we are not, in the International Tribunal, concerned with ordinary domestic crimes. The purview of the International Tribunal relates to war crimes and crimes against humanity committed in armed conflicts of extreme violence with egregious

armamento. Véase *Prosecutor v. Erdemovic*, caso No. IT-96-22/1, sentencia de 29 de noviembre de 1996, párrafos 90 y siguientes.

⁶⁵ Véase sobre el particular *SWAK-GOLDMAN*, *Op. cit.*, p. 283.

⁶⁶ En opinión de Kai Ambos, la solución correcta habría consistido en examinar si Erdemovic actuó objetivamente en una situación de duress. Si este no era el supuesto debería haberse considerado si el acusado creía estar actuando bajo duress. Véase *AMBOS, Kai, El nuevo Derecho Penal Internacional*, ARA Editores, Lima, 2004, p. 306.

⁶⁷ Ellos se refirieron a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte, sentencia de 29 de febrero de 1969, párrafos 73-81. En este asunto se estableció que para que una regla se convierta en parte del Derecho Internacional consuetudinario, es necesario que exista una práctica estatal extendida y uniforme respaldada por una *opinio juris sive necessitatis*.

En el caso concreto, los códigos penales de Estados del *civil law* fueron presentados por la defensa en respaldo del reconocimiento del estado de necesidad o actuación bajo coacción, como un principio general excusatorio aplicable a todos los crímenes. Se presentaron 14 códigos penales incluyendo a los códigos de Austria, Bélgica, Brasil, Grecia, Italia, Finlandia, Países Bajos, Francia, Alemania, Perú, España, Suiza, Suecia y la ex Yugoslavia. En sentido opuesto, en el sistema del *common law*, con la única excepción de los Estados Unidos, se rechazó categóricamente la consideración de la actuación bajo coacción como una defensa, cuando nos referimos a un asesinato. La excepción americana se refiere a la adopción por varios Estados de la Unión del Código Penal Modelo de los Estados Unidos, el cual señala que *duress* es una defensa general para todos los crímenes.

Adicionalmente, se afirmó que esta práctica estatal no estaba respaldada por una *opinio juris*. Asimismo, los casos citados fueron decisiones de tribunales militares o cortes nacionales que aplicaron el Derecho nacional pero no el Derecho Internacional. Los jueces también cuestionaron el carácter internacional de los tribunales militares de la pos Segunda Guerra Mundial. Los jueces también cuestionaron la jerarquía de la Ley No. 18 del Consejo de Control, señalando que en la medida que este tribunal considerara el problema de *duress*, para el cual no existía una orientación en Derecho Internacional, ellos invariablemente consideraron la jurisprudencia de sus propios tribunales nacionales.

⁶⁸ Incluyendo jurisdicciones del *civil law* (Francia, Bélgica, Países Bajos, España, Alemania, Italia, Noruega, Suecia, Finlandia, Venezuela, Nicaragua, Chile, Panamá, México y la antigua Yugoslavia), del *common law* (Inglaterra, Estados Unidos, Australia, Canadá, Sudáfrica, India, Malasia y Nigeria), y de otros sistemas jurídicos (Japón, China, Marruecos, Somalia y Tailandia).

dimensions. (...) We are concerned that, in relation to the most heinous crimes known to humankind, the principles of law to which we give credence have the appropriate normative effect upon soldiers bearing weapons of destruction and upon the commanders who control them in armed conflict situations".⁶⁶

Los jueces concluyeron que, si el derecho interno deniega la actuación bajo coacción como una defensa en los casos en que una vida inocente de un individuo se pierde como resultado de la actuación bajo coacción; en Derecho Internacional no se puede admitir la actuación bajo coacción como una defensa en casos que involucren el asesinato de personas inocentes a gran escala, como es el supuesto del crimen de lesa humanidad. Se basaron en consideraciones de política, en tanto ellos aseguraron que podría ser ingenuo considerar que el Derecho Internacional es completamente inmune a tales apreciaciones.

Los jueces McDonald y Vohrah no reconocieron una excepción a esta política, en casos tales como el de Erdemovic, en el cual la víctima habría sido asesinada aun sin la participación del acusado. De ahí que rechazaron el recurso de la actuación bajo coacción como una defensa completa frente al asesinato de personas inocentes, no en base a lo que se espera que haga una persona razonable, sino como reflejo de un postulado moral absoluto, necesario para la implementación del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional Humanitario:

"There must be legal limits as to the conduct of combatants and their commanders in armed conflict. (...) we deny the availability of duress as a complete defence to combatants who have killed innocent persons. In so doing, we give notice in no uncertain terms that those who kill innocent persons will not be able to take advantage of duress as a defence and thus get away with impunity for their criminal acts in the taking of innocent lives".⁶⁸

Sin embargo, también se precisó que no se pueda calcular superficialmente lo que el Derecho "espera" por la existencia de solo dos alternativas: condena o absolución, en tanto:

"(...) the law employs mitigation of punishment as a far more sophisticated and flexible tool for the purpose of doing justice in an individual case. The law, in our view, does not 'expect' a person whose life is threatened to be hero and to sacrifice his life by refusing to commit the criminal act demanded of him. The law does not 'expect' that person to be a hero because in recognition of human frailty and the threat under which he acted, it will mitigate his punishment. In appropriate cases, the offender may receive no punishment at all".⁶⁹

El juez Li, estuvo, en términos generales, de acuerdo con la conclusión señalada por los jueces McDonald y Vohrah. Luego de no encontrar una norma de Derecho Internacional consuetudinario o de un principio general de Derecho reconocido por las naciones, el Juez Li dedujo a partir de las decisiones de los tribunales internacionales y tribunales militares nacionales que, la coacción puede ser una defensa completa siempre que ciertas condiciones sean cumplidas.⁷⁰ No obstante, también señaló que hay una importante excepción si nos referimos a un crimen atroz por ejemplo:

⁶⁶ *Prosecutor v. Erdemovic*, caso No. IT-96-22-A, sentencia de 7 de octubre de 1997, voto separado conjunto de la jueza McDonald y del juez Vohrah, párrafo 75. En ciertos sistemas nacionales se evidenció que, la razón del rechazo de la coacción como un medio de defensa en relación al asesinato se basa en el esfuerzo de evitar peligros a los cuales se podría exponer a la sociedad, si se admitiera la actuación bajo coacción como una defensa completa frente al asesinato. Así los criminales, no estarían permitidos de conferir impunidad a sus agentes amenazándolos de muerte o de ataques violentos si ellos se niegan a cumplir sus órdenes criminales.

⁶⁸ *Prosecutor v. Erdemovic*, caso No. IT-96-22-A, sentencia de 7 de octubre de 1997, voto separado conjunto de la jueza McDonald y del juez Vohrah, párrafo 80.

⁶⁹ *Prosecutor v. Erdemovic*, caso No. IT-96-22-A, sentencia de 7 de octubre de 1997, voto separado conjunto de la jueza McDonald y del juez Vohrah, párrafo 85.

⁷⁰ Siempre que: a) el acto fue realizado con la finalidad de evitar un daño serio, inmediato e irreparable; b) ningún otro medio adecuado existió para el escape y c) el remedio no fuese desproporcionado al mal que se evitó. Véase *Prosecutor versus Erdemovic*, caso No. IT-96-22-A, voto separado y disidente del juez Li de 7 de octubre de 1997, párrafo 5.

"(...) the killing of innocent civilians or prisoners of war, duress cannot be a complete defence, but can only be a ground of mitigation of punishment if justice requires. (...) Admission of duress as a complete defence or justification in the massacre of innocent persons is tantamount to both encouraging the subordinate under duress to kill such persons with impunity instead of deterring him from committing such a horrendous crime, and also helping the superior in his attempt to kill them. Such an anti-human policy of law the international community can never tolerate, and this International Tribunal can never adopt".¹³

Una de las áreas en las cuales el juez Cassese focalizó su discrepancia con la mayoría fue en relación a la cuestión de si el Derecho Penal Internacional posala la misma perspectiva que el common law en relación al duress en caso de asesinato.¹⁴ Cassese señaló que al no existir ninguna regla específica que establezca que la actuación bajo coacción permite una defensa completa frente al asesinato de personas inocentes, la mayoría debería haber aplicado la regla general sobre coacción.¹⁵

El juez Cassese encontró que hay una regla en el Derecho Penal Internacional que exige ciertos requisitos estrictos a efectos que la actuación bajo coacción sea considerada como una defensa. Estos requisitos son que: a) el acto imputado, sea realizado bajo una amenaza inmediata de un daño severo e irreparable para la vida o la integridad; b) no exista un medio adecuado para evitar tal mal; c) el crimen cometido no sea desproporcionado al mal amenazado¹⁶; y que d) la situación relativa a la actuación bajo coacción no haya sido voluntariamente propiciada por la persona coaccionada.¹⁷

Consideramos de especial valía lo señalado por Cassese respecto al cuarto requisito señalado:

"(...) the fourth requirement just mentioned, in order to highlight its particular relevance to war-like situations. According to the case-law on international humanitarian law, duress or necessity cannot excuse from criminal responsibility the person who intends to avail himself of such defence if he freely and knowingly chose to become a member of a unit, organisation or group institutionally intent upon actions contrary to international humanitarian law".¹⁸

¹³ Prosecutor v. Erdemović, caso No. IT-96-22-A, sentencia de 7 de octubre de 1997, voto separado y disidente del juez Li, párrafos 5 y 8. A su vez el juez Li rechazó el argumento por el cual se justificaba la actuación bajo coacción como una defensa si las víctimas hubiesen muerto de todos modos: "(...) it is argued that in the present case even if the Appellants had refused to execute the order under the threat of death, all the innocent Muslims would also have been exterminated by all the other members of his Unit, so that his act should be justified on this ground. The absurdity of this argument is apparent, because it would justify every one of the criminal group who participated in the joint mission of innocent persons. Moreover, there is absolutely no authority for such a proposition." Prosecutor v. Erdemović, caso No. IT-96-22-A, sentencia de 7 de octubre de 1997, voto separado y disidente del juez Li, párrafo 11.

¹⁴ El corp árbitro en el cual discutió la cuestión de establecer la excepción en la que los tribunales internacionales podían basarse en Derecho interno. Véase Prosecutor v. Erdemović, caso No. IT-96-22-A, voto separado y disidente del juez Cassese de 7 de octubre de 1997, párrafo 10.

¹⁵ Un segundo campo de discrepancia fue que, en lugar de aplicar simplemente la regla general, la mayoría realizó una investigación de las consideraciones políticas prioritarias fundadas en el Derecho anglosajón, el cual se extiende al trabajo del TPIY, en tanto éste solo está vinculado por el Derecho Internacional. En su opinión esta "policy-oriented approach (...) runs contrary to the fundamental customary principle *nolumus crimen iure iure*". Véase Prosecutor v. Erdemović, caso No. IT-96-22-A, sentencia de 7 de octubre de 1997, voto separado y disidente del juez Cassese, párrafo 11.

¹⁶ Sobre este requisito específico que: "this would, for example, occur in case of killing in order to avert an assault. In other words, the order not to be disproportionately, the crime committed under duress must be, in balance, the lesser of two evils". Véase Prosecutor v. Erdemović, caso No. IT-96-22-A, voto separado y disidente del juez Cassese de 7 de octubre de 1997, párrafo 16.

¹⁷ Además de ello precisó que: "In addition, the relevant national legislation supports the principle that the existence in law of any special duty on the part of the accused towards the victim may preclude the possibility of raising duress as a defence". Véase Prosecutor v. Erdemović, caso No. IT-96-22-A, voto separado y disidente del juez Cassese de 7 de octubre de 1997, párrafo 16.

¹⁸ Véase Prosecutor v. Erdemović, caso No. IT-96-22-A, voto separado y disidente del juez Cassese de 7 de octubre de 1997, párrafo 17.

Como se puede apreciar, una de las más importantes contribuciones de este caso es la enumeración de los requisitos tanto por el juez Cassese⁹⁸ como por el juez Li. Ellos coincidieron en tres requisitos, sin embargo, el juez Cassese añadió el cuarto requisito citado. Este cuarto requisito podría ser aplicable a aquellos que conciente y voluntariamente pertenecen a una unidad militar, organización o grupo comprometido con una actividad ilegal, incluso si las víctimas estuviesen destinadas a morir a pesar de la no participación del acusado. Tal aplicación parece estar en la dirección de la inquietud de la mayoría. En tal sentido, a pesar que la actuación bajo coacción constituye una defensa frente a los cargos de asesinato en general, para un individuo quien voluntaria y concientemente pertenece a una organización notoria por su continua violación del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional Humanitario, tal defensa es imposible.⁹⁹ De acuerdo a los hechos del caso, tal conclusión puede ser calificada de apropiada. En efecto, Erdemovic fue integrante de manera (aparentemente) voluntaria del ejército serbio bosnio, el cual era conocido por la comisión de forma reiterada de crímenes de lesa humanidad y de guerra.¹⁰⁰

En esta parte podemos dar una posible respuesta a la pregunta de si la actuación bajo coacción o duress puede ser considerada como una defensa para el asesinato de personas inocentes. Debemos afirmar que, en caso de crímenes de lesa humanidad (o también crímenes de guerra) que involucren el derecho a la vida¹⁰¹ (caso del asesinato de personas inocentes), se demanda que los requisitos generales de duress sean aplicados de manera particularmente estricta.¹⁰² Sobre el particular consideramos que es muy difícil reunir los requisitos de duress cuando las ofensas involucran el asesinato de seres humanos inocentes.¹⁰³ En relación con ello, tenemos que ninguna regla especial del Derecho Internacional consuetudinario se ha desarrollado para los crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra donde la ofensa sea el asesinato, y así la regla general de la actuación bajo coacción se aplica. Sin perjuicio de lo anterior, para los crímenes de lesa humanidad (y de guerra) que involucren asesinato, el requisito de proporcionalidad no podría ser usualmente satisfecho.¹⁰⁴

⁹⁸ El juez Stephen se expresó en el mismo sentido que el juez Cassese, respecto a que la actuación bajo coacción es una defensa frente a todas las infracciones, incluyendo el asesinato ilegal, siempre que condiciones estrictas, como las enunciadas por el juez Cassese, sean cumplidas. Señaló también que apreciando el importante número de sistemas legales revisados que permiten al duress como una defensa frente al asesinato, sería la regla sino fuera por la exclusión en el common law de duress en caso de asesinato. En tal sentido, "[...] albeit hedged around with appropriate qualifications, should likewise be treated as international law as a general principle of law recognized by civilized nations or available as a defense to all crimes. Why this should be so, not only because of the approach of the civil law but also as a matter of simple justice, is perhaps best illustrated by an example, see in a domestic rather than an international humanitarian law context since the former has been the context in which the common law approach has developed". *Prosecutor v. Erdemovic*, caso No. IT-96-22-A, sentencia de 7 de octubre de 1997, opinión separada del juez Stephen, párrafo 26. En su opinión la excepción del common law se basa en la perspectiva de que la persona sometida a coacción "That he could not accept, accordingly a person subjected to duress 'ought not to die himself than kill an innocent' when the choice lies between one's own life and that of another". *Prosecutor v. Erdemovic*, caso No. IT-96-22-A, sentencia de 7 de octubre de 1997, opinión separada del juez Stephen, párrafo 33. Sin embargo cuando un acusado no puede salvar a las víctimas, no hay problema en que incluso dentro de la propia lógica del common law se acepte el reconocimiento de la actuación bajo coacción como una defensa.

⁹⁹ Sobre el particular véase CASSESE, Antonio, Op. Cit., pp. 245-246.

¹⁰⁰ De esa manera, la distancia entre las conclusiones de los jueces parece referirse a si los combatientes acusados de asesinatos o matanzas ilegales deberían ser impedidos (como una materia de derecho) de interponer la defensa de coacción o si en tanto a los hechos un tribunal debería ser capaz de "to bar the application of this defense if it finds that the situation leading to duress was voluntarily brought about by the accused". SWAAK-GOLDMAN, Olivia, Op. cit., p. 287.

¹⁰¹ Considerado como el más fundamental de los derechos humanos.

¹⁰² Para un análisis más detallado de la evolución del tratamiento jurisprudencial sobre este punto véase CASSESE, Antonio, Op. Cit., pp. 246-249. Sin perjuicio de ello, debemos señalar que entre la jurisprudencia más relevante en la materia tenemos a: *Queen's Bench Division de Reino Unido*, caso *Dudley y Stephens*, sentencia de 9 de diciembre de 1884, *Corte Militar Canadiense*, caso *Holzer y otros*, sentencia de 6 de abril de 1946.

¹⁰³ En su lugar, las cortes han permitido raramente una defensa exitosa incluso cuando ellas tienen en principio admitido la aplicabilidad de esta defensa. Se sigue que cualquier excusa legal de los ataques contra el derecho a la vida necesita ser estrictamente construida y puede ser admitida sólo en casos excepcionales. Véase *Corte Alemana de Alto (Schwurgericht)* de *Amberg*, caso *Weitzel y otros*, sentencia de 12 de febrero de 1958, párrafo 623.

¹⁰⁴ Aunque en excepcionales circunstancias se podría decir.

Como aspecto final en este punto debemos mencionar que en el Estatuto de la Corte Penal Internacional¹⁰⁴ se señala que un subordinado no será eximido de responsabilidad penal a menos que (entre otros aspectos), la orden no fuera manifiestamente ilícita. Se consigna de manera expresa que las órdenes de cometer crímenes de lesa humanidad poseen ese atributo de manifiesta ilicitud.¹⁰⁵ A su vez en otro artículo del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se ubicaron correctamente juntas, la necesidad y duress como motivos para la exclusión de responsabilidad.¹⁰⁶ Del contenido de la norma, se puede deducir que codifica el Derecho Internacional consuetudinario, en el cual, entre otras cosas no se excluye, la aplicación excepcional del recurso de duress en el caso de una persona que mata a otra, siempre que se cumplan los requisitos señalados. Requisitos que se aproximan a los propuestos por los jueces Cassese y Li en el caso Erdemović antes analizado.¹⁰⁷

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como se ha podido apreciar la definición de crímenes de lesa humanidad es compleja. No obstante, al igual que el ámbito *ratione personae* (perpetradores y víctimas) de esta categoría de crímenes internacionales podemos afirmar que, en términos generales, existe una correspondencia entre el Derecho Internacional convencional (representado principalmente por el Estatuto de la Corte Penal Internacional) y el Derecho Internacional consuetudinario.

En lo concerniente al recurso de actuación bajo coacción o duress, podemos enfatizar que el estándar de proporcionalidad (no causar un daño mayor que el que se buscaba evitar) debe ser considerado para apreciar si la coacción califica como una defensa completa en relación a la generación de responsabilidad internacional individual por la comisión de crímenes de lesa humanidad, en un caso en concreto. Así tenemos que, el juez Cassese en el asunto Erdemović sostuvo que “this requirement cannot normally be met with respect to offences involving the killing of innocents, since it is impossible to balance one life against another”.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 33. Órdenes superiores y disposiciones legales.

¹⁰⁵ Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 33. Órdenes superiores y disposiciones legales. (...) 3. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.

¹⁰⁶ Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 31. (...) d. Circunstancias eximentes de responsabilidad penal. Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será *per se* responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta (...). Hubiera incurrido en una conducta que presuntamente constituye un crimen de la competencia de la Corte [véase crimen de lesa humanidad] como consecuencia de coacción emanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él o para persona, y en que se vea compelido a actuar necesario y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no surtirá la intención de causar daño mayor que el que se propiamente evitar. Esta amenaza podrá: i) Haber sido hecha por otra persona; o ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

¹⁰⁷ Para mayores detalles véase AMBOS, *Kat. Op. Cit.*, pp. 303 y siguientes.

¹⁰⁸ *Prosecutor v. Erdemović*, caso No. IT-96-22-A, sentencia de 7 de octubre de 1997, voto separado y disidente del juez Cassese, párrafo 51, nota 121.